

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

6B 422/2021

Arrêt du 1er septembre 2021

Cour de droit pénal

Composition

Mmes et MM. les Juges fédéraux

Jacquemoud-Rossari, Présidente, Denys, Muschiatti, Koch et Humi.

Greffier : M. Vallat.

Participants à la procédure

A. \_\_\_\_\_,  
représenté par Me Guglielmo Palumbo, avocat,  
recourant,

contre

1. Ministère public de la République et canton de Genève,  
route de Chancy 6B, 1213 Petit-Lancy,

2. Office cantonal de la population et des migrations du canton de Genève, route de Chancy 88,  
1213 Onex,  
intimés.

Objet

Report de l'exécution de l'expulsion obligatoire (art. 66d CP),

recours contre l'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre pénale de  
recours, du 10 mars 2021 (ACPR/159/2021 PS/13/2020).

Faits :

A.

Par jugement définitif et exécutoire du Tribunal correctionnel du canton de Genève du 11 décembre 2018, A. \_\_\_\_\_, ressortissant tunisien, a été déclaré coupable d'abus de confiance, vol, escroquerie par métier, séquestration, lésions corporelles simples, mise en danger de la vie d'autrui, faux dans les titres, infractions aux art. 19 al. 1 let. d et 19a ch. 1 LStup, entrée et séjour illégaux ainsi que d'exercice d'activités lucratives sans autorisation. Il a été condamné à une peine privative de liberté de 36 mois, sous déduction de 590 jours de détention avant jugement, sans sursis à raison de 18 mois et, pour le surplus, avec sursis partiel pendant 5 ans, ainsi qu'à une amende de 300 francs. Son expulsion judiciaire du territoire suisse a été prononcée pour une durée de 5 ans.

Par décision du 5 février 2020, l'Office cantonal genevois de la population et des migrations (OCPM) a refusé de reporter l'exécution de cette expulsion.

B.

Par arrêt du 10 mars 2021, la Chambre pénale de recours de la Cour de justice du canton de Genève a rejeté le recours interjeté le 11 février 2020 par A. \_\_\_\_\_ contre la décision de l'OCPM. En bref, la cour cantonale a retenu que les relations entre le recourant et ses enfants, qui avaient été examinées au stade du jugement, n'avaient alors pas été considérées comme suffisamment étroites pour faire obstacle à son renvoi. L'intéressé ne pouvait obtenir un réexamen de cette question au détour de sa contestation de l'exécution de cette mesure. Les allégués du recourant relatifs au danger auquel il serait exposé en Tunisie en raison de conflits avec des membres de sa famille désirant sa mort n'avaient été formulés, pour la première fois, qu'au stade de la réplique et étaient invérifiables. Le recourant n'avait pas démontré non plus qu'un renvoi en Tunisie l'aurait exposé à des persécutions ou à d'autres traitements inhumains ou dégradants. Il n'était, enfin, pas notoire que son pays d'origine aurait été en proie à de violentes attaques terroristes depuis le prononcé querellé. Quant à la pandémie de covid-19, il n'était pas établi qu'elle aurait sévi davantage en Tunisie

qu'ailleurs. Il n'apparaissait pas que le recourant, compte tenu de son âge en particulier, aurait été plus sensible au virus qu'une autre personne dans la même situation que la sienne. On ne voyait en outre pas en quoi il aurait couru moins de danger en étant expulsé en France comme il le souhaitait. Son renvoi n'était pas impossible, la Tunisie l'ayant reconnu comme son ressortissant et étant disposée à lui délivrer un laissez-passer. Il ne pouvait continuer à séjourner en Suisse et la mesure n'avait pas à être différée.

C.

Par acte du 12 avril 2021, A. \_\_\_\_\_ recourt en matière pénale au Tribunal fédéral contre cet arrêt. Il conclut, avec suite de frais et indemnités, à titre principal, à la réforme de la décision entreprise en ce sens que soit ordonné le report de son expulsion et, à titre subsidiaire, à l'annulation de l'arrêt précité et au renvoi de la cause à l'autorité précédente afin qu'elle rende une nouvelle décision au sens des considérants. Il requiert, par ailleurs, le bénéfice de l'assistance judiciaire, l'octroi de l'effet suspensif ainsi que d'être autorisé, à titre provisionnel, à rester sur territoire suisse jusqu'à droit connu sur son recours.

Par ordonnance du 6 mai 2021, la Présidente de la Cour de droit pénal a admis la requête d'effet suspensif et rejeté celle de mesures provisionnelles.

Considérant en droit :

1.

Le Tribunal fédéral examine d'office (art. 29 al. 1 LTF) et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 143 IV 357 consid. 1 p. 358). Il ne connaît, par ailleurs, de la violation des droits fondamentaux que si ce moyen est invoqué et motivé par le recourant (art. 106 al. 2 LTF), c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de manière claire et détaillée (ATF 143 IV 500 consid. 1.1 p. 503).

1.1. La décision de dernière instance cantonale a pour objet le refus de reporter l'exécution de l'expulsion en application de l'art. 66d CP. Une telle décision suppose exécutoire le jugement sur le principe de l'expulsion et ne concerne que les modalités de mise en oeuvre de cette mesure par les autorités compétentes. Le jugement ordonnant l'expulsion doit être exécuté dès que la personne condamnée est libérée conditionnellement ou définitivement de l'exécution de la peine ou de la mesure, ou dès que la mesure privative de liberté est levée, s'il n'y a pas de peine restante à exécuter et qu'aucune autre mesure privative de liberté n'est ordonnée (art. 66c al. 3 CP). Ce jugement lie les autorités cantonales, qui doivent en garantir l'exécution uniforme (art. 372 al. 1 et 3 CP).

1.2. Parce qu'il en va de la protection de la collectivité, des différentes fonctions de la peine ou de la mesure, de l'égalité de traitement dans la répression et plus généralement de la crédibilité même de l'institution pénale, les autorités compétentes en matière d'exécution des peines ne peuvent renoncer purement et simplement à exécuter le jugement ordonnant une peine ou une mesure. Cette exécution ne peut même être différée, pour une durée indéterminée, que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles. Le pouvoir d'appréciation de l'autorité d'exécution, qui est tenue au respect de la séparation des pouvoirs, est limité par l'intérêt de la société à l'exécution des peines et des mesures ainsi que par le principe de l'égalité dans la répression (cf. ATF 108 Ia 69 consid. 2a p. 70 s.; arrêts 6B 558/2021 du 20 mai 2021 consid. 3.1; 6B 511/2013 du 17 septembre 2013 consid. 2.1). L'exécution d'une peine ou d'une mesure ne peut en principe pas être interrompue non plus, à moins de motifs graves (art. 92 CP). Ainsi, lorsque le condamné démontre se trouver, pour une période indéterminée, ou à tout le moins pour une certaine durée, incapable de subir l'exécution de sa peine pour des motifs très sérieux de santé. La simple éventualité d'un danger pour la vie ou la santé ne suffit manifestement pas à le justifier. Il faut que l'exécution de la peine ou de la mesure ne puisse être poursuivie qu'au mépris de l'interdiction des traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants, ou qu'il apparaisse tout au moins hautement probable que l'exécution de la peine mettra concrètement en danger la vie ou la santé de l'intéressé. Cette appréciation doit tenir compte de l'appui offert par les structures médicales quant aux soins disponibles à l'intérieur du système pénitentiaire, notamment au regard des formes dérogatoires d'exécution prévues par l'art. 80 CP (ATF 136 IV 97 consid. 5.1 p. 101 s. et les références citées). Aucun intérêt public prépondérant ne doit non plus s'opposer à cette interruption (ATF 136 IV 97 consid. 5.2.2 p. 104 ss; arrêt 6B 504/2013 du 13 septembre 2013 consid. 2.1.3; v. déjà en application de l'art. 40 aCP: ATF 106 IV 321 consid. 7a p. 323 ss; CORNELIA KOLLER, in Basler Kommentar Strafrecht I, 4e éd. 2019, no 10 ad art. 92 CP).

1.3. En matière d'expulsion ces principes sont concrétisés par l'art. 66d CP, qui a la teneur suivante: L'exécution de l'expulsion obligatoire selon l'art. 66a ne peut être reportée que: lorsque la vie ou la liberté de la personne concernée dont le statut de réfugié a été reconnu par la Suisse serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques; cette disposition ne s'applique pas au réfugié qui ne peut invoquer l'interdiction de refoulement prévue à l'art. 5, al. 2, de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (al. 1 let. a); lorsque d'autres règles impératives du droit international s'opposent à l'expulsion (al. 1 let. b). Lorsqu'elle prend sa décision, l'autorité cantonale compétente présume qu'une expulsion vers un État que le Conseil fédéral a désigné comme un État sûr au sens de l'art. 6a, al. 2, de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile ne contrevient pas à l'art. 25, al. 2 et 3, de la Constitution (al. 2).

1.4. Dès lors que le jugement ordonnant l'expulsion est entré en force, il ne peut plus être attaqué par un moyen juridictionnel ordinaire (force formelle) et ne peut plus être remis en discussion entre les mêmes parties (force matérielle; v. p. ex. sur ces deux notions: ATF 144 IV 362 consid. 1.3.1 p. 365 et consid. 1.4.3 p. 368; JEAN-MAURICE FRÉSARD, in Commentaire de la LTF, 2e éd. 2014, no 5 ad art. 61 LTF), il en découle également des conséquences au plan procédural en ce qui concerne les possibilités de contester les mesures d'exécution de la décision entrée en force.

1.4.1. De manière générale, la jurisprudence ne concède guère la possibilité de recourir au Tribunal fédéral contre une décision exécutant un jugement entré en force qu'autant que l'acte d'exécution règle une question nouvelle, non prévue par la décision antérieure ou qu'il emporte une nouvelle atteinte à la situation juridique de l'intéressé (cf. ATF 119 Ib 492 consid. 3c/bb p. 498). Quant au jugement qui doit être exécuté, il ne peut guère être remis en cause par ce biais que s'il a été rendu en violation d'un droit fondamental inaliénable et imprescriptible du recourant ou s'il se révèle nul de plein droit (cf. ATF 129 I 410 consid. 1.1 p. 412; 119 Ib 492 consid. 3c/cc p. 499 et les arrêts cités; plus récemment: arrêts 1C 171/2020 du 6 avril 2021 consid. 1.4.1; 1C 650/2018 du 22 mai 2019 consid. 4.1.2 et 1C 310/2018 du 9 janvier 2019 consid. 3.1). Encore, cela ne signifie-t-il pas que la seule allégation qu'un droit fondamental inaliénable et imprescriptible (telle la liberté personnelle) serait atteint ouvrirait déjà sans limite la possibilité de critiquer, au stade de son exécution, la décision restreignant cette liberté. Il est, en effet, manifestement exclu, pour d'évidentes raisons de sécurité du droit et d'économie de la procédure, que toute peine ou mesure entraînant une privation de liberté entrée en force doive être réexaminée du seul fait qu'un quelconque acte d'exécution est ordonné. Un intérêt au recours n'est reconnu que dans la mesure où le droit dont la violation est invoquée au stade de l'exécution se rapporte à des aspects fondamentaux de la personnalité ou de la dignité humaine, et que l'atteinte portée apparaisse en elle-même particulièrement grave (cf. ATF 118 Ia 209 consid. 2c p. 213 s.; arrêts 2C 372/2018 du 25 juillet 2018 consid. 5.1; 4A 415/2009 du 3 novembre 2009 consid. 4). Ces principes ont été principalement développés en matière de droit public en application de l'art. 101 let. c de l'ancienne loi d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (aOJ). Rien n'impose cependant de s'en écarter en ce qui concerne l'exécution des sanctions et mesures pénales, dans la mesure où les effets de la force jugée ne sont pas différents dans l'une et l'autre matière. Ainsi le recours en matière pénale est-il, en règle générale, ouvert sans que cela nécessite un examen particulier, lorsqu'en cours d'exécution d'une mesure pénale une médication forcée se révèle nécessaire et est ordonnée par l'autorité d'exécution compétente (cf. ATF 130 IV 49 consid. 3.3 p. 52; v. aussi les arrêts 6B 1091/2019 du 16 octobre 2019 consid. 1 et 6B 1126/2016 du 10 octobre 2016 consid. 1.3; v. encore à propos du placement en section d'isolement cellulaire à titre de sûreté: arrêt 6B 241/2008 du 12 juin 2008 consid. 1.1 non publié aux ATF 134 I 221). Il a aussi été admis que cette voie de droit était ouverte au condamné qui entendait contester un ordre d'écrou en se prévalant de la prescription de la peine (arrêt 6B 359/2008 du 19 août 2008 consid. 1.1).

1.4.2. Déjà sous l'empire de l'aOJ et en application de l'ancienne norme pénale relative à l'expulsion (art. 55 aCP), une décision d'exécution d'un jugement la prononçant ne pouvait faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral que dans d'étroites limites. Un recours ne devait, en effet, pas permettre de rediscuter le bien-fondé de la condamnation à une peine accessoire ou une mesure (v. en relation avec les art. 55 aCP et 101 let. c aOJ: YVES DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, 2008, no 2492 p. 952).

1.4.3. Depuis l'entrée en vigueur de la LTF, cette loi prévoit certes que sont également sujettes au recours en matière pénale les décisions sur l'exécution de peines et de mesures (art. 78 al. 2 let. b LTF). Cette règle a aboli, dans un souci de simplification, le système des voies de droit qui existait auparavant selon que la décision portait sur une peine, respectivement une mesure (poursuite en

nullité; art. 268 ss de la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale; aPPF), ou leur exécution (recours de droit administratif lorsqu'était en question l'application du droit fédéral [art. 97 ss aOJ]; recours de droit public [art. 84 ss aOJ] en tant que l'exécution ressortissait à l'application du droit cantonal (Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, du 28 février 2001; FF 2001 4000, ch. 2.3.1.2 et 4.1.3.2; AEMISSEGGGER/DOLGE, in Bundesgerichtsgesetz Praxiskommentar, 2e éd. 2013, no 44 ad art. 78 LTF; PIERRE FERRARI, in Commentaire de la LTF, 2e éd. 2014, no 33 s. ad art. 78 LTF; THOMMEN/FAGA, in Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 3e éd. 2018, no 38 ad art. 78 LTF). Elle demeure, en revanche, sans effet sur les conditions générales de recevabilité du recours en matière pénale, soit l'existence d'un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (art. 81 al. 1 let. b LTF). Hors de l'hypothèse de l'intérêt dit " virtuel " au recours (cf. ATF 136 III 497 consid. 1.1 p. 499 et les références; 138 II 42 consid. 1.3 p. 45), l'existence d'un intérêt juridique actuel et concret constitue donc une condition de la recevabilité du recours dirigé contre un acte d'exécution d'une mesure ou d'une sanction pénale (v. p. ex.: arrêt 6B 554/2021 du 25 juin 2021 consid. 1.1 et 1.2; v. aussi arrêt 6B 359/2008 du 19 août 2008 consid. 1.1). En d'autres termes, si l'acte d'exécution ne fait guère que reprendre, sans les modifier, des obligations figurant déjà dans une décision antérieure, il n'y a pas d'objet possible à un recours et l'acte en cause doit être qualifié de mesure d'exécution, non sujette à recours (cf. ATF 129 I 410 consid. 1.1 p. 412; arrêt 1C 603/2012 du 19 septembre 2013 consid. 4.1; cf. aussi, en relation avec le recours en matière de droit public: BERNHARD WALDMANN, in Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 3e éd. 2018, no 8 ad art. 82 LTF). Il s'ensuit que même si les décisions sur l'exécution des peines et des mesures sont sujettes au recours en matière pénale au sens de l'art.

78 al. 2 let. b LTF, ce recours n'est pas ouvert lorsque la décision d'exécution ne règle aucune question véritablement nouvelle, non prévue par la décision antérieure, qu'elle n'emporte aucune nouvelle atteinte à la situation juridique de l'intéressé, lorsque le jugement qui doit être exécuté n'a pas été rendu en violation d'un droit fondamental inaliénable et imprescriptible du recourant, s'il n'apparaît pas nul de plein droit ou enfin lorsque l'atteinte à un droit fondamental alléguée n'apparaît pas particulièrement grave. Le recours est alors irrecevable parce que le recourant ne démontre pas disposer d'un intérêt lui conférant la qualité pour recourir.

1.4.4. Il n'y a aucun motif de s'écarter de ces principes lorsque le recours est dirigé contre une décision d'exécution de l'expulsion obligatoire (art. 66a CP). Le recourant dont la situation est déjà réglée juridiquement par une décision d'expulsion définitive et exécutoire n'a aucun intérêt juridiquement protégé à attaquer la décision d'exécution parce que l'autorité de chose jugée au sens matériel, qui s'attache au jugement prononçant l'expulsion lorsque les voies de recours ordinaires sont épuisées ou n'ont pas été empruntées, s'oppose à ce que ce jugement soit remis en question par les mêmes parties sur le même objet.

1.4.5. Etant rappelé que l'exécution des peines et des mesures ne peut être différée pour une durée indéterminée que dans des circonstances exceptionnelles, qu'elle ne peut être interrompue que pour un motif grave et pour autant qu'aucun intérêt public prépondérant ne s'oppose à l'interruption ou au renvoi sine die (art. 92 CP; v. supra consid. 1.2), l'art. 66d CP réserve la possibilité d'un ultime contrôle, dans un cadre strictement délimité, afin d'éviter que l'expulsion dont le prononcé est entré en force ne soit exécutée au mépris du principe de non-refoulement ou d'une autre règle impérative du droit international.

Le juge de l'expulsion ne peut toutefois renvoyer à l'autorité d'exécution l'examen de toutes les circonstances qui s'opposent à cette mesure. Malgré la formulation potestative de la norme, il est ainsi tenu d'examiner lui-même, au stade du prononcé de l'expulsion déjà, si les conditions de l'art. 66a al. 2 CP sont réalisées et de renoncer à ordonner l'expulsion dans cette hypothèse (ATF 145 IV 455 consid. 9.4 p. 460 s.; 144 IV 332 consid. 3.3 p. 339 s.; arrêts 6B 747/2019 du 24 juin 2020 consid. 2.1.2; 6B 1024/2019 du 29 janvier 2020 consid. 1.3.5). Cette clause dite " de rigueur " (Härtefall) est réalisée lorsque l'expulsion mettrait l'étranger dans une situation personnelle grave et que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de l'étranger à demeurer en Suisse. À cet égard, le juge doit tenir compte de la situation particulière de l'étranger qui est né ou qui a grandi en Suisse. En tant que la loi ne définit pas ce qui constitue une " situation personnelle grave ", la jurisprudence se réfère aux critères qui président à l'octroi d'une autorisation de séjour dans les cas d'extrême gravité (cf. art. 31 OASA; ATF 144 IV 332 consid. 3.3.1 p. 340 s.). Le juge pénal doit ainsi notamment prendre en

compte l'intégration de l'intéressé, le respect qu'il a manifesté de l'ordre juridique suisse, sa situation familiale, singulièrement la période de scolarisation et la durée de la scolarité des enfants, sa situation financière ainsi que sa volonté de prendre part à la vie économique et d'acquiescer une formation, la durée de sa présence en Suisse, son état de santé ainsi que ses possibilités de

réintégration dans l'État de provenance. A cette liste non exhaustive s'ajoutent, dans l'optique pénale, les perspectives de réinsertion sociale du condamné (cf. arrêt ATF 144 IV 332 consid. 3.3.3 p. 341 s.). Par ailleurs, une situation personnelle grave, ou une violation de l'art. 8 CEDH, peut aussi résulter d'une expulsion ordonnée malgré un état de santé déficient, en fonction des prestations médicales à disposition dans l'État d'origine et des conséquences négatives que cela peut engendrer pour la personne concernée (ATF 145 IV 455 consid. 9.1 p. 459). En règle générale, il convient d'admettre l'existence d'un cas de rigueur au sens de l'art. 66a al. 2 CP lorsque l'expulsion constituerait, pour l'intéressé, une ingérence d'une certaine importance dans son droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par la Constitution fédérale (art. 13 Cst.) et par le droit international, en particulier l'art. 8 CEDH (arrêts 6B 818/2020 du 19 janvier 2021 consid. 6.1; 6B 397/2020 du 24 juillet 2020 consid. 6.1; 6B 344/2020 du 9 juillet 2020 consid. 3.1). Le juge de l'expulsion ne peut non plus ignorer, dans l'examen du cas de rigueur, qui suppose une pesée globale des circonstances, celles qui s'opposeraient à l'expulsion parce qu'il en résulterait une violation des garanties du droit international, notamment le principe de non-refoulement (cf. art. 25 Cst.; art. 33 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés [RS 0.142.30]; art. 3 de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants [RS 0.105]), lors même que ces garanties sont encore expressément réservées par l'art. 66d al. 1 CP (arrêt 6B 747/2019 du 24 juin 2020 consid. 2.1.2; cf. BUSSLINGER/UEBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, Plädoyer 5/16 p. 99). Savoir si l'expulsion est conforme aux obligations découlant pour la Suisse de l'Accord sur la libre circulation des personnes (en particulier au regard de l'art. 5 Annexe I) constitue enfin un point qui doit également être examiné au stade du prononcé de l'expulsion déjà, mais indépendamment de l'exigence du cas de rigueur (arrêts 6B 1146/2018 du 8 novembre 2019 consid. 6 ss; 6B 907/2018 du 23 novembre 2018 consid. 2.4.2 s.; UEBERSAX/ERRASS ET AL., Migrationsrecht in a nutshell, 2021, p. 197; BUSSLINGER/UEBERSAX, op. cit., p. 100; v. aussi VALERIO PRIULI, in Kommentar Migrationsrecht, 5e éd. 2019, no 19 ad art. 5 Annexe I ALCP). Ces exemples n'ont pas vocation à épuiser la matière.

1.4.6. Il résulte de ce qui précède que, dans la règle, toutes les questions relatives à l'existence d'une situation personnelle grave, à une violation des garanties offertes par l'art. 8 CEDH, à une ingérence d'une certaine importance dans le droit du condamné au respect de sa vie privée et familiale garanti par la Constitution fédérale (art. 13 Cst.) et par le droit international, à une violation des garanties du droit international, notamment le principe de non-refoulement, ou encore au problème de la conformité de l'expulsion avec les obligations découlant de l'Accord sur la libre circulation des personnes ne peuvent en principe plus être soulevées dans le cadre de la procédure d'exécution de l'expulsion pénale, notamment dans celui d'une demande de report de l'expulsion au sens de l'art. 66d CP. La personne dont la décision d'expulsion est entrée en force n'a, dans cette mesure, pas d'intérêt à recourir contre une simple décision de mise en oeuvre de son expulsion.

1.4.7. On ne peut toutefois ignorer qu'une appréciation complète et définitive de l'ensemble des circonstances déterminantes n'est possible que si elles présentent une certaine stabilité entre le moment où intervient le prononcé de l'expulsion et celui de son exécution (cf. arrêt 6B 747/2019 du 24 juin 2020 consid. 2.1.2). Le fait que la proportionnalité de la mesure a déjà été examinée au stade de son prononcé ne dispense, par exemple, pas les autorités chargées de l'exécution du renvoi de vérifier que l'intéressé remplit toujours les conditions propres à son retour sur le plan médical (ATF 145 IV 455 consid. 9.4 p. 460 et les références citées; cf. aussi ATF 135 II 110 consid. 4.2 p. 119; arrêt CourEDH Emre c. Suisse du 22 mai 2008, Requête no 42034/04, § 88 ss). Or, l'appréciation globale d'un cas de rigueur suppose la prise en considération de nombreux facteurs, susceptibles de se modifier plus ou moins rapidement (ainsi, parmi d'autres, de l'état de santé, des relations personnelles ou encore de la situation politique dans l'État de destination). De surcroît, la peine ou la mesure privative de liberté devant être exécutée avant l'expulsion (art. 66c al. 2 CP), c'est un délai de plusieurs mois voire plusieurs années qui peut s'écouler entre la décision d'expulsion et son exécution durant lequel la situation de fait peut se modifier de manière déterminante, sans qu'une procédure de révision permette de revenir sur le prononcé de l'expulsion pour ce motif (cf. art. 410 al. 1 let. a CPP; v. p. ex.: arrêt 6B 1353/2020 du 22 décembre 2020 consid. 2.4.1).

1.4.8. Il résulte de ce qui précède, d'une part, que l'on ne peut exclure a priori tout intérêt juridique à contester l'exécution de l'expulsion, respectivement le refus de son report. Mais un tel intérêt ne peut non plus être présumé du seul fait de l'écoulement du temps. D'autre part, la question d'un tel intérêt au recours ne peut guère être tranchée indépendamment des constatations de faits déterminantes

pour le fond, respectivement d'éventuels griefs à ce sujet. Ces questions revêtent ainsi une double pertinence. Etant rappelé qu'il incombe en principe au recourant, en application de l'art. 42 al. 2 LTF (ATF 141 IV 1 consid. 1.1 p. 4; 138 III 537 consid. 1.2 p. 539), d'exposer précisément en quoi réside son intérêt au recours, il lui incombe, dans une telle situation, d'alléguer de manière concluante et tout au moins avec une certaine vraisemblance les faits pertinents (cf. arrêt 1B 524/2020 du 28 décembre 2020 consid. 1.4 destiné à la publication; arrêt 1B 203/2021 du 19 juillet 2021 consid. 1.2), soit que les circonstances déterminantes se sont modifiées si profondément depuis le jugement qu'il s'imposerait exceptionnellement de reconnaître l'existence de considérations humanitaires impérieuses exigeant désormais de renoncer à exécuter l'expulsion. A cet égard, compte tenu de l'ensemble des facteurs qui doivent être considérés, il ne suffit pas d'alléguer qu'une circonstance isolée se serait modifiée. Afin de justifier de son intérêt juridique au recours, le recourant doit, au contraire, déjà rendre vraisemblable au moins *prima facie* que la ou les modifications alléguées sont concrètement susceptibles de conduire à une appréciation différente de la proportionnalité de la mesure et que cela imposerait, à ce stade ultime, de renoncer à exécuter l'expulsion.

2.

En l'espèce, le recourant n'allègue tout d'abord d'aucune manière que les garanties qu'il invoque n'auraient jamais été examinées au stade du prononcé de son expulsion, respectivement qu'il aurait été empêché de faire valoir ses droits dans le cadre des voies de droit ouvertes contre ce jugement. Il ne soutient pas en instance fédérale que l'examen auquel a procédé la cour cantonale ne serait pas suffisant au regard des exigences de l'art. 13 CEDH (cf. arrêt 2C 819/2016 du 14 novembre 2016 consid. 3.3) ou que la pandémie de covid-19 pourrait, d'une manière ou d'une autre, s'opposer à l'exécution de son expulsion. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner la cause sous ces différents angles.

3.

Le recourant se prévaut, en revanche, de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) dans la constatation des faits. Il évoque à ce propos le risque pour sa vie que des membres de sa famille lui feraient courir en Tunisie. Dans la suite, il explique aussi que son expulsion dans de telles conditions constituerait une violation de l'art. 3 CEDH.

3.1. Le recourant souligne avoir déclaré devant la cour cantonale n'être plus retourné en Tunisie depuis plus de 10 ans par peur de ce qui l'y attendait. Ses développements ne sont, dès lors, pas de nature à rendre vraisemblable, même *prima facie*, que le danger que lui ferait courir sa famille constituerait une modification des circonstances survenue ensuite du prononcé de l'expulsion. Le recours est irrecevable sur ce point.

3.2. Par surabondance, en tant que le recourant invoque ainsi un risque de mauvais traitement qui n'est pas imputable à un acteur étatique mais à des membres de sa propre famille, il lui aurait incombé non seulement de rendre a priori vraisemblable la réalité de ces menaces (cf. arrêts 2C 1004/2018 du 11 juin 2019 consid. 7.2; 2C 87/2007 du 18 juin 2007 consid. 4.2.3), mais aussi que les autorités tunisiennes ne seraient pas en mesure de le protéger efficacement (arrêts CourEDH F.H. c. Suède du 20 janvier 2009, Requête no 32621/06, § 102; H.L.R. c. France du 29 avril 1997, Requête no 24573/94 § 40). Or, le recourant n'allègue rien de tel. Il ne tente pas de démontrer qu'il aurait vainement avancé l'existence de tels faits en procédure cantonale et, en particulier, que la capacité des autorités tunisiennes à parer au péril familial allégué aurait diminué depuis le moment où a été rendue la décision d'expulsion. Pour ce motif également, ses développements ne sont pas de nature à rendre vraisemblable, même *prima facie*, que l'exécution de son expulsion l'exposerait, en raison de circonstances modifiées, à une violation de ses droits garantis par l'art. 3 CEDH.

4.

Le recourant objecte ensuite que l'état d'urgence et les instabilités qui règnent en Tunisie seraient notoires, que cet état d'urgence, en vigueur depuis 2015, a été prolongé le 23 décembre 2020 et que la situation se serait encore dégradée eu égard à de violentes attaques terroristes survenues ce mois-là en Tunisie, qui avait été retirée des pays qualifiés de sûrs conformément à l'Annexe 2 de l'ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure (OA 1; RS 142.311).

4.1. Par elle-même, une situation générale de violence dans un État ne suffit pas à démontrer que le renvoi d'une personne dans cet État entraînerait une violation de l'art. 3 CEDH, sous réserve que cette situation de violence atteigne un niveau d'intensité si extrême que le seul retour d'une personne à cet endroit l'exposerait à un risque réel de mauvais traitements (arrêt CourEDH F.H. c. Suède,

précité, § 90). Il incombe alors à celui qui invoque la violation de l'art. 3 CEDH d'établir qu'il existe de sérieuses raisons de croire à l'existence de pratiques de mauvais traitements et qu'il appartient bien à un groupe exposé à de telles pratiques (arrêt CourEDH NA. c. Royaume-Uni du 17 juillet 2008, Requête no 25904/07, § 115 s.).

4.2. En l'espèce, il est constant que l'état d'urgence est en vigueur en Tunisie de manière ininterrompue depuis 2015, où il a été promulgué ensuite des attentats perpétrés cette année-là à Sousse et au musée du Bardo. Il aurait ainsi incombé au recourant de démontrer qu'au-delà des mesures prises par l'État tunisien, la situation de violence se serait aggravée de manière telle, depuis le prononcé de l'expulsion, qu'il résulterait de l'exécution de cette mesure un risque réel et concret de traitements prohibés par l'art. 3 CEDH. Or, on recherche en vain dans l'écriture de recours les prémisses mêmes d'une telle démonstration. Le recourant ne démontre dès lors pas à satisfaction de droit avoir un intérêt au recours sur ce point.

5.

Dans un troisième moyen, le recourant fait grief à la cour cantonale de n'avoir pas actualisé les faits relatifs à sa situation familiale malgré les deux années écoulées entre le prononcé de l'expulsion et le refus d'en reporter l'exécution. Il rappelle qu'il a allégué en procédure cantonale " avoir de fortes attaches en Suisse en raison de la présence de ses enfants, entretenir des relations personnelles avec ceux-ci, qui [sont] sa seule raison de vivre et que son renvoi en Tunisie rendrait difficile, voire impossible la perspective d'un droit de visite régulier ".

5.1. La cour cantonale a relevé que dans le jugement du 11 décembre 2018 ces relations n'avaient pas été considérées comme suffisamment étroites pour faire obstacle à l'expulsion et elle a jugé que le recourant ne pouvait " au détour de sa contestation de l'exécution de l'expulsion, obtenir un réexamen de cette question ".

Cette motivation de la décision de dernière instance cantonale apparaît d'emblée sommaire, dans la mesure où l'expulsion a été prononcée au mois de décembre 2018, soit plus de deux années avant la décision de dernière instance cantonale refusant le report de l'exécution de cette mesure, au mois de mars 2021. Un tel laps de temps ne permet en effet pas d'exclure a priori que les circonstances familiales déterminantes auraient pu être modifiées. Dans cette mesure, les allégations du recourant apparaissent suffisamment concluantes pour qu'il soit entré en matière sur le recours.

5.2. Pour autant, on ne saurait reprocher à la cour cantonale de n'avoir pas entrepris de réévaluer intégralement la situation familiale du recourant. Il ressort en effet du dossier, soit des écritures du recourant et de son conseil adressées à la cour cantonale ainsi que des pièces produites à l'appui de ces écritures, que le recourant avait allégué l'existence de contacts avec ses enfants, en se référant à des correspondances de la tutrice de ceux-ci et de l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant. Ces documents précisent qu'au mois de décembre 2020 le recourant a été autorisé à reprendre des contacts téléphoniques avec deux de ses enfants, qui ont accepté ce modus operandi " pour passer à autre chose ", le troisième refusant, en raison de sa déception de voir son père à nouveau incarcéré, ce qui avait empêché de débiter l'exercice initialement prévu d'un droit de visite. Or, cette seule autorisation d'entretenir des conversations téléphoniques avec deux de ses enfants, ne constitue manifestement pas un bouleversement si profond de la situation personnelle et familiale du recourant qu'il aurait imposé de renoncer à procéder à son expulsion ou même qu'il aurait rendu absolument nécessaire de procéder à une instruction plus approfondie des relations de l'intéressé avec ses enfants. Le moyen doit être rejeté.

6.

Les développements du recourant ne sont donc, pour l'essentiel, pas de nature à rendre simplement vraisemblable l'existence d'un intérêt juridique à recourir contre le refus de reporter son expulsion. Le recours est irrecevable dans cette mesure. Il doit être rejeté pour le surplus.

7.

Dès lors que le recourant est dans le besoin et que ses conclusions ne paraissent pas d'emblée vouées à l'échec, sa requête d'assistance judiciaire doit être admise (art. 64 al. 1 LTF). Par conséquent, il y a lieu de le dispenser des frais et d'allouer une indemnité à son mandataire, désigné comme avocat d'office (art. 64 al. 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

La requête d'assistance judiciaire est admise. Me Guglielmo Palumbo, avocat à Genève, est désigné comme conseil d'office et une indemnité de 3000 fr. lui est allouée à titre d'honoraires, à payer par la caisse du Tribunal fédéral.

3.

Il est statué sans frais.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre pénale de recours.

Lausanne, le 1er septembre 2021

Au nom de la Cour de droit pénal  
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : Jacquemoud-Rossari

Le Greffier : Vallat